



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Positive Beschlussfeststellungsklage

Bühler, Simon ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-105535>
Journal Article

Originally published at:

Bühler, Simon; Von der Crone, Hans Caspar (2014). Positive Beschlussfeststellungsklage. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 86(5):564-572.

Positive Beschlussfeststellungsklage

Bundesgerichtsurteil 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014 i.S. A. AG (Beschwerdeführerin) gegen B. (Beschwerdegegner)

Mit Bemerkungen von RA M.A. HSG Simon Bühler und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
 - 1. Sachverhalt**
 - 2. Prozessgeschichte**
- II. Erwägungen der Gerichte**
 - 1. Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2012**
 - 1.1 Vertretung der Stimmrechte an der GV
 - 1.2 Rechtsfolge
 - 2. Urteil des Obergerichts Zug vom 3. Dezember 2013**
 - 3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2014**
- III. Bemerkungen**
 - 1. Anfechtung fehlerhaft ermittelter Beschlüsse**
 - 1.1 Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses
 - 1.2 Anfechtbarkeit als Regel
 - 1.3 Nichtigkeit als Rechtsfolge?
 - 1.4 Weitere Voraussetzungen der Anfechtung
 - 1.5 Wirkung
 - 1.6 Rechtsschutzdefizit bei ablehnenden Beschlüssen
 - 2. Positive Beschlussfeststellungsklage**
 - 2.1 Definition und Abgrenzung
 - 2.2 Zulässigkeit
 - 2.3 Voraussetzungen
 - 2.3.1 Anfechtung des Beschlusses
 - 2.3.2 Frist und Rechtsschutzinteresse
 - 2.3.3 Mangel in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses
 - 2.3.4 Zweifelsfreie Feststellung des hypothetischen Ergebnisses
 - 2.3.5 Rechtmässigkeit des zu gestaltenden Beschlusses?
 - 3. Ergebnis**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Die A. AG mit Sitz in Zug hat ein Aktienkapital von CHF 100 000, unterteilt in 100 Namenaktien von je CHF 1000. B. ist Eigentümer von insgesamt 98 Namenaktien. Die zwei weiteren Aktien lauten je auf den «Verwaltungsrat (Pflichtaktie)». Die Verwaltungsräte sind bzw. waren C. (Präsident) und B. (Vizepräsident).

Im Jahr 2007 wurde in Lettland eine Strafuntersuchung durchgeführt, in welcher B. Beschuldigter war. Im Dezember 2007 legte die lettische Generalstaatsanwaltschaft Arrest über 53 im Eigentum von B. stehende Aktien der A. AG, welche in Lettland

deponiert waren, und betraute C. mit deren sicheren Verwahrung.

An der ordentlichen Generalversammlung der A. AG vom 15. Juli 2010 war unter den Teilnehmern streitig, wer wie viele Stimmrechte ausüben konnte. B. war der Auffassung, er verfüge über 98 Stimmrechte. Demgegenüber war C. als Verwaltungsratspräsident der Auffassung, B. könne nur die 45 Stimmrechte seiner nicht verarrestierten Aktien ausüben. Die 53 mit Arrest belegten Aktien sowie die beiden auf den Verwaltungsrat lautenden Aktien würden durch ihn vertreten. In der Folge wurden mit diesen 55 Stimmen, und gegen die 45 Stimmen von B., C. als einziger Verwaltungsrat gewählt. Zugleich wurde B. als Verwaltungsrat abgewählt. Nach Auffassung von B. wurden hingegen mit 98 gegen 2 Stimmen er selbst, C. sowie neu E. als Verwaltungsräte der A. AG gewählt.

2. Prozessgeschichte

Noch am Tag der ordentlichen Generalversammlung erhob B. beim Handelsregisteramt des Kantons Zug Einspruch gegen seine Abwahl als Verwaltungsrat. Das Kantonsgericht ordnete in der Folge die Aufrechterhaltung der Registersperre bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über die Nichtigkeit bzw. die Anfechtung der Beschlüsse an.

Am 6. Dezember 2010 reichte B. beim Kantonsgericht Zug Klage gegen die A. AG ein. Er beantragte die Feststellung der Nichtigkeit bzw. eventualiter die Aufhebung der Generalversammlungsbeschlüsse betreffend die Wahl von C. als einzigem Verwaltungsrat und die Abwahl von B. (Antrags-Ziffern 1 und 2). Ausserdem sei festzustellen, dass an der Generalversammlung B., C. und E. gewählt wurden (Antrags-Ziffer 3). Mit Urteil vom 13. September 2012 hob das Kantonsgericht Zug die Beschlüsse der Generalversammlung vom 15. Juli 2010 betreffend die Wahl von C. als einzigem Verwaltungsrat und die Abwahl von B. als Verwaltungsrat auf. Auf die Antrags-Ziffer 3 der Klage trat es nicht ein.

In der Folge erhob die A. AG Berufung beim Obergericht Zug und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Eventualiter, im Falle der Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses,

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

sei festzustellen, dass E. nicht in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Urteil vom 3. Dezember 2013 wies das Obergericht Zug die Berufung ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die A. AG dem Bundesgericht die Aufhebung des Urteils des Obergerichts und die Abweisung der Klage. Eventualiter sei festzustellen, dass E. nicht in den Verwaltungsrat gewählt wurde. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 2. Juni 2014 ab, soweit es darauf eintrat.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2012

1.1 Vertretung der Stimmrechte an der GV

Das Kantonsgericht Zug stellt für die Frage, wer die Stimmrechte an den 53 verarrestierten Aktien an der Generalversammlung ausüben konnte, auf das Aktienbuch ab. In diesem ist B. als Aktionär von 98 Namenaktien eingetragen. Allerdings verweist das Aktienbuch auf die lettische Arrestverfügung und hält fest, die Stimmrechte der 53 verarrestierten Aktien seien auf den Verwahrer C. übergegangen.

Das Kantonsgericht verneint den Übergang der Stimmrechte auf C. Ein solcher Übergang sei aus der lettischen Arrestverfügung nicht ersichtlich. Auch fehlten Belege für den Vermerk der Übertragung der Stimmrechte im Aktienbuch.¹ Auf der anderen Seite gelinge es B. nicht, mit Sicherheit zu belegen, dass ihm an der Generalversammlung vom 15. Juli 2010 die Stimmrechte der 53 verarrestierten Aktien zugestanden hätten. B. habe daher mit 45 Aktienstimmen an der Generalversammlung teilnehmen können und C. lediglich mit zwei Stimmen.²

1.2 Rechtsfolge

Der Generalversammlungsbeschluss vom 15. Juli 2010, welcher auf Stimmen von nicht in diesem Ausmass stimmberechtigten Personen beruhe, sei nicht

nichtig, sondern allenfalls anfechtbar. Die Anfechtung könne gestützt auf Art. 691 Abs. 3 i.V.m. Art. 706 und 706a OR erfolgen, sofern die beklagte Gesellschaft nicht nachweise, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt habe.³

Vorliegend sei B. als Anfechtungskläger der Nachweis der unbefugten Teilnahme von C. an der Generalversammlung gelungen. Die unberechtigte Ausübung der 53 Stimmrechte habe sich kausal auf die Abstimmungsergebnisse ausgewirkt, denn es wäre sonst nicht möglich gewesen, B. abzuwählen. Stattdessen wäre es B. mit 45 gegen 2 Stimmen von C. möglich gewesen, sich selbst, C. und neu E. zu wählen. Entsprechend seien die Beschlüsse der Generalversammlung vom 15. Juli 2010 betreffend die Wahl von C. als einzigem Verwaltungsrat und die Abwahl von B. als Verwaltungsrat aufzuheben (Antrags-Ziffer 2).⁴

Auf die Antrags-Ziffer 3, in der die Feststellung der Wahl von B., C. und E. als Verwaltungsräte begehrt wurde, tritt das Kantonsgericht nicht ein. B. habe mit seinen 45 Stimmen von den insgesamt 47 vertretenen Aktienstimmen die Mehrheit gehabt. Damit gehe die Erkenntnis einher, dass die Beschlüsse vom 15. Juli 2010 in der Version von B. gültig zustande gekommen seien. B., C. und E. seien Verwaltungsräte, ohne dass darüber eine separate Feststellung getroffen werden müsse. Folglich habe B. kein Rechtsschutzinteresse an einer diesbezüglichen Feststellung.⁵

2. Urteil des Obergerichts Zug vom 3. Dezember 2013

Bei der Beurteilung der Anfechtungsklage beschränkt sich das Obergericht auf die Prüfung der Frage, ob die Stimmrechte der 53 verarrestierten Aktien rechtsverbindlich auf C. übertragen wurden. Falls nicht, habe B. mit seinen unbestrittenermassen ausübaren 45 Aktienstimmen die A. AG beherrschen können, selbst wenn ihm die Stimmrechte hinsichtlich der verarrestierten 53 Aktien tatsächlich entzogen waren.⁶

³ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 4.1–4.4.

⁴ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 4.5.

⁵ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 4.6 f.

⁶ OGer Zug Z1 2010 36 vom 3. Dezember 2013, E. 7.1.

¹ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 3.2.

² KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 3.5.

Kollisionsrechtlich sei vorliegend das schweizerische Recht als Gesellschaftsstatut anwendbar.⁷ Im schweizerischen Recht sei keine Übertragung von Aktienstimmrechten auf eine andere Person als den Aktionär kraft öffentlichen Rechts oder im Rahmen einer strafprozessualen Beschlagnahme vorgesehen. Die Arrestverfügung sei gestützt auf lettisches Strafprozessrecht erfolgt und daher unbeachtlich. Denkbar wären Rechtswirkungen aus dieser Arrestverfügung nur indirekt auf dem Rechtshilfsweg oder über eine Anerkennung gemäss IPRG, wobei Letzteres ausgeschlossen sei, da es sich um eine strafprozessuale Massnahme handle. C. habe daher die Stimmrechte der 53 verarrestierten Aktien nicht ausüben können, weshalb der Beschluss in der Version von C. zu Recht von der Vorinstanz aufgehoben worden sei.⁸

Das Obergericht bezeichnet den Nichteintretensentscheid des Kantonsgerichts betreffend Feststellung der Wahl von B., C. und E. angesichts der Lehrmeinungen zur sog. positiven Stimmrechtsklage als fraglich. Da B. hiergegen keine Berufung erhoben habe und entsprechend Rechtskraft eingetreten sei, müsse darüber jedoch nicht entschieden werden. Auf der anderen Seite sei das Eventualbegehren der A. AG, es sei festzustellen, dass E. nicht in den Verwaltungsrat gewählt worden sei, unzulässig. Es sei erstmals im Berufungsverfahren gestellt worden und ziele im Ergebnis auf eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses in der Version von B. ab. Damit sei es nicht nur materiell aufgrund der abgelaufenen Anfechtungsfrist nach Art. 706a Abs. 1 OR, sondern auch aus prozessualer Sicht nach Art. 317 Abs. 1 ZPO offenkundig verspätet. Entsprechend tritt das Obergericht darauf nicht ein.⁹

3. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juni 2014

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde der A. AG bezüglich Aufhebung der Generalversammlungsbeschlüsse vom 15. Juli 2010 mangels hinreichender Begründung nicht ein.¹⁰

Eventualiter bringt die A. AG als Beschwerdeführerin vor, es sei bei einer Gutheissung der Anfechtungsklage nur eine Aufhebung des angefochte-

nen Beschlusses der Generalversammlung möglich; eine positive Gestaltung sei ausgeschlossen. Das Bundesgericht hält fest, das Obergericht habe das Wahlergebnis nicht positiv gestaltet. Es habe lediglich das erstinstanzliche Urteil bestätigt, das sich darauf beschränkt habe, die angefochtenen Beschlüsse der Generalversammlung vom 15. Juli 2010 betreffend die Wahl von C. und die Abwahl von B. aufzuheben. Das Obergericht habe den erstinstanzlichen Nichteintretensentscheid zwar als fragwürdig bezeichnet, die Frage der Zulässigkeit der sog. positiven Stimmrechtsklage aber offengelassen, nachdem B. keine Berufung erhoben hatte und der erstinstanzliche Nichteintretensentscheid daher in Rechtskraft erwachsen sei.¹¹ Auch habe weder die Erst- noch die Vorinstanz ein Feststellungsurteil darüber gefällt, welche Verwaltungsräte nach Aufhebung des angefochtenen Beschlusses als rechtswirksam gewählt zu gelten hätten. Nachdem die Feststellung der wirksam gewählten Verwaltungsräte nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen sei, habe die Vorinstanz auf das neue Feststellungsbegehren nicht eintreten müssen.¹² Entsprechend weist das Bundesgericht die Beschwerde ab.

III. Bemerkungen

1. Anfechtung fehlerhaft ermittelter Beschlüsse

1.1 Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses

Die numerische Ermittlung des Abstimmungsergebnisses in der Generalversammlung kann durch Verfahrensmängel beeinträchtigt werden. Dabei kommen insbesondere drei Konstellationen in Betracht.¹³ Erstens können Stimmen von nicht stimmberechtigten Personen gezählt werden. Zweitens können die Stimmen Berechtigter zu Unrecht ausgeschlossen werden. Drittens können die Stimmen feh-

⁷ Art. 154 Abs. 1 i.V.m. Art. 155 lit. f IPRG; OGer Zug Z1 2010 36 vom 3. Dezember 2013, E. 5, 7.2.

⁸ OGer Zug Z1 2010 36 vom 3. Dezember 2013, E. 7.2–7.5.

⁹ OGer Zug Z1 2010 36 vom 3. Dezember 2013, E. 8.2.

¹⁰ BGer 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014, E. 2.2.

¹¹ BGer 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.1.

¹² BGer 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.2.

¹³ Vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 12 N 488; Bertrand Schott, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009, § 3 N 74; Martin Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Tübingen 2005, 328; Wolfgang Zöllner, Zur positiven Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht, ZGR 4/1982, 623 ff., 627.

lerhaft zusammengezählt oder ein falsches Quorum verwendet werden.

1.2 Anfechtbarkeit als Regel

Rechtsfolge dieser Verfahrensmängel ist grundsätzlich die Anfechtbarkeit nach Art. 706 OR. Für den Mangel der Mitwirkung von Unberechtigten an der Abstimmung ist die Anfechtbarkeit in Art. 691 Abs. 3 OR ausdrücklich vorgesehen. Diese «negative Stimmrechtsklage» stellt einen Unterfall der allgemeinen Anfechtung nach Art. 706 OR dar und unterliegt dessen allgemeinen Voraussetzungen.¹⁴ Das Anfechtungsrecht ist in Rechtsprechung und Lehre auch in den Fällen anerkannt, in denen ein Berechtigter zu Unrecht ausgeschlossen wurde (sog. «positive Stimmrechtsklage».¹⁵ Ein Fehler bei der Auszählung der Stimmen oder der Bestimmung des Quorums ist als Verfahrensmangel ebenfalls anfechtbar.¹⁶

1.3 Nichtigkeit als Rechtsfolge?

Umstritten ist, ob diese Verfahrensmängel die Nichtigkeit nach Art. 706b OR zur Folge haben können. So wird beispielsweise die Ansicht vertreten, dass bei einem Ausschluss einer erheblichen Zahl von Aktionären der Beschluss nichtig sei.¹⁷ Noch weiter geht die Ansicht, wonach die Nichtigkeit bereits eintrete, wenn an der Versammlung anwesende Berechtigte nicht zur Ausübung ihres Stimmrechts zugelassen werden.¹⁸ Die Nichtigkeit als Rechtsfolge wird teilweise auch bei Nichterreichen des erforderlichen Quorums vertreten.¹⁹

Unseres Erachtens ist die Nichtigkeit in diesen Konstellationen abzulehnen und stattdessen von Anfechtbarkeit auszugehen.²⁰ Die Nichtigkeit stellt im Gesellschaftsrecht aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit lediglich die Ausnahme dar.²¹ Im Sinne der Subsidiarität ist die Nichtigkeit nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die Anfechtungsklage keine genügende Sanktion bzw. kein Korrektiv darstellt (Grundsatz der Subsidiarität der Nichtigkeitsfolge).²² Für die Tatbestände von Art. 691 Abs. 3 OR ist die Anfechtbarkeit ausdrücklich gesetzlich vorgesehen. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, wonach die Anfechtungsklage keinen genügenden Rechtsbehelf in diesen Situationen darstellt.²³ Gleiches gilt für Fehler in der Auszählung der Stimmen oder der Bestimmung des Quorums. Wertungsmäs-

¹⁴ BGE 122 III 279, E. 2; BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.1; *Andreas Länzlinger*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Obligationenrecht*, 4. Aufl., Basel 2012, N 12 zu 691 OR; *Patrick Schleiffer*, *Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 1993, 296 f.; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 25 N 33; *Hans Caspar von der Crone*, *Aktienrecht*, Bern 2014, § 8 N 192; a.M. *Ivo Schwander/Dieter Dubs*, *Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht*, in: Roland von Büren (Hrsg.), *Aktienrecht 1992–1997*, Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, 343 ff., 354 f., wonach Art. 691 Abs. 3 OR lex specialis zu Art. 706 OR sei.

¹⁵ HGer ZH vom 14. Mai 1964, in: ZR 64/1965 Nr. 148, E. 3; *Länzlinger* (Fn. 14), N 14 zu 691 OR; *Friedrich Wolfhart Bürgi*, *Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre* (Art. 660–697), Zürich 1957, N 28 zu Art. 691 OR; *Alain Raemy/Simon Gabriel/Daniel Girsberger*, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012, N 10 zu Art. 691 OR; *Jean Nicolas Druey*, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, § 12 N 63; vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 34; *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 500a; *Schwander/Dubs* (Fn. 14), 349.

¹⁶ *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 489; *Jean Nicolas Druey*, *Mängel des GV-Beschlusses*, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), *Rechtsfragen um die Generalversammlung*, Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 1997, 131 ff., 144 f.; a.M. *Schwander/Dubs* (Fn. 14), 352, welche den Tatbestand unter Art. 691 Abs. 3 OR subsumieren.

¹⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 34; *Brigitte Tanner*, *Die Generalversammlung*, Art. 698–706b, Zürich 2003, N 148 zu Art. 706 OR, N 81 zu Art. 706b OR.

¹⁸ *Hans Michael Riemer*, *Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, Bern 1998, N 280.

¹⁹ *Schott* (Fn. 13), 277; *Riemer* (Fn. 18), N 277.

²⁰ Gl.M. *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 489, 499, § 16 N 163; OGer Zug Z1 2012 36 vom 3. Dezember 2013, E. 4.1.

²¹ *Roland Truffer/Dieter Dubs*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Obligationenrecht*, 4. Aufl., Basel 2012, N 18 zu Art. 706b OR, m.w.H.; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 4 f.; *Catherine Chammartin/Hans Caspar von der Crone*, *Der Déchargebeschluss*, SZW 6/2006, 329 ff., 335; *Natalia Neuman/Hans Caspar von der Crone*, *Nichtigkeit bei Einberufung der Mitgliederversammlung*, SZW 1/2014, 105 ff., 109.

²² *Truffer/Dubs* (Fn. 21), N 8, 20 zu Art. 706b OR; *Chammartin/von der Crone* (Fn. 21), 335 f.; *Neuman/von der Crone* (Fn. 21), 110.

²³ Vgl. BGE 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005, E. 2.3, besprochen bei *Chammartin/von der Crone* (Fn. 21), worin eine Abstimmung unter ausschliesslicher Mitwirkung einer nicht berechtigten Person als anfechtbar qualifiziert wurde.

sig wiegen diese Fehler kaum schwerer als die Zulassung Unberechtigter zur Abstimmung.²⁴ Es ist daher auch bei diesen Verfahrensfehlern von Anfechtbarkeit auszugehen.

1.4 Weitere Voraussetzungen der Anfechtung

Das Vorliegen eines Verfahrensmangels in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses genügt nicht für eine Anfechtung. Zusätzlich ist es erforderlich, dass der Verfahrensmangel für das Abstimmungsergebnis kausal war. Die Beweislast der fehlenden Kausalität liegt dabei bei der Gesellschaft. Mit dem Kausalitätserfordernis wird die Vermeidung einer unnötigen Wiederholung der betreffenden Beschlüsse bezweckt, wenn bereits vorher feststeht, dass bei Einhaltung der Vorschriften das gleiche Ergebnis eintreten wird.²⁵ Diese Voraussetzung ist im Gesetz lediglich in Art. 691 Abs. 3 OR für die Mitwirkung Unbefugter festgehalten, findet jedoch als allgemeiner Grundsatz auch auf weitere Verfahrensfehler nach Art. 706 OR Anwendung.²⁶ Dies rechtfertigt sich insbesondere für die vorliegend diskutierten numerischen Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses, bei denen eine Wiederholung der Abstimmung bei fehlender Kausalität überflüssig erscheint.²⁷ Demgegenüber ist die Möglichkeit einer Kausalitätswiderlegung durch die Gesellschaft fraglich bei Verfahrensmängeln, die zu einem Legitimationsdefizit des Beschlusses führen.²⁸ Beispiele hierfür können qualifizierte Informationsmängel darstellen.²⁹

In formeller Hinsicht hat die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses gemäss Art. 706a Abs. 1 OR innerhalb der Frist von zwei Monaten seit der Generalversammlung zu erfolgen.³⁰ Aktivlegitimiert zur Anfechtung ist jeder Aktionär³¹ sowie die Gesellschaft, vertreten durch den Verwaltungsrat.³² Passivlegitimiert ist ausschliesslich die Gesellschaft.³³

Wie bei jeder prozessualen Auseinandersetzung ist ein Rechtsschutzinteresse des Klägers erforderlich, welches im vorliegenden Zusammenhang als Anfechtungsinteresse bezeichnet wird.³⁴ Zur Begründung des Anfechtungsinteresses muss der anfechtende Aktionär ein konkretes Interesse nachweisen, wonach sich die Gutheissung der Klage positiv auf seine rechtliche Situation auswirkt.³⁵

1.5 Wirkung

Die Wirkung eines die Anfechtungsklage gutheissenden Urteils ergibt sich nicht direkt aus dem Wortlaut von Art. 691 Abs. 3 OR und Art. 706 Abs. 1 OR. Allerdings wird die Möglichkeit eines aufhebenden Urteils in Art. 706 Abs. 5 OR erwähnt und diesem eine Wirkung für alle Aktionäre zuerkannt (erga omnes).³⁶ Diese kassatorische Wirkung des Anfechtungsurteils ist denn auch unbestritten.³⁷

²⁴ Vgl. Böckli (Fn. 13), § 12 N 489.

²⁵ BGE 122 III 279, E. 3c/cc.

²⁶ BGer 4C.88/2000 vom 27. Juni 2000, E. 3b; BGer 4A_43/2007 vom 11. Juli 2007, E. 4.1; Böckli (Fn. 13), § 12 N 506; Druey (Fn. 16), 137; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 N 18; Schleiffer (Fn. 14), 299 ff.; Schott (Fn. 13), § 3 N 17 ff.; Tanner (Fn. 17), N 139 zu Art. 706 OR; von der Crone (Fn. 14), § 8 N 191.

²⁷ Vgl. Schott (Fn. 13), § 3 N 74.

²⁸ Vgl. Tanner (Fn. 17), N 152 ff. zu Art. 706 OR; Friedrich Wolfhart Bürgi, Die Aktiengesellschaft, Art. 698–738, Zürich 1969, N 29 f. zu Art. 706 OR, welche die Anfechtbarkeit generell bei Mängeln bejahen, welche in unverzichtbare Aktionärsrechte eingreifen; vgl. Schleiffer (Fn. 14), 303; Schott (Fn. 13), § 3 N 30 ff.; vgl. zur deutschen Lehre Philipp Göz, in: Tobias Bürgers/Torsten Körber (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg 2014, N 8 zu Art. 243 BGB, m.w.H.

²⁹ Vgl. zur Geltendmachung von Informationsmängeln Druey (Fn. 16), 138 f., der jedoch das Kausalitätserfordernis auch auf diese Mängel anwendet.

³⁰ Vgl. BGE 96 II 18, E. 3 zur Anwendbarkeit von Art. 706a OR für die Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR.

³¹ Böckli (Fn. 13), § 12 N 499; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 N 41.

³² Böckli (Fn. 13), § 12 N 499, 503; Länzlinger (Fn. 14), N 14 zu 691 OR; Schleiffer (Fn. 14), 305 f.; a.M. Bürgi (Fn. 15), N 29 zu Art. 691 OR.

³³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 N 52.

³⁴ Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.

³⁵ BGE 133 III 453, E. 7; 122 III 279, E. 3a; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 FN 45; Tanner (Fn. 17), N 51 zu Art. 706 OR. Während sich das Anfechtungsinteresse auf das Interesse an der Gutheissung der Klage bezieht, geht es bei der Frage der Kausalität um das Verhältnis zwischen Mangel und Beschlussergebnis. Die beiden Voraussetzungen sind daher unabhängig voneinander zu prüfen; vgl. Schott (Fn. 13), § 3 N 8 ff.; Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, 130 f.; a.M. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 14), § 25 N 18/Fn. 14; Tanner (Fn. 17), N 142 zu Art. 706 OR; Riemer (Fn. 18), N 80.

³⁶ Dies gilt auch für die Stimmrechtsklage nach Art. 691 Abs. 3 OR, welche nach hier vertretener Auffassung einen Unterfall der allgemeinen Anfechtungsklage darstellt, siehe vorne III.1.2.

³⁷ Anstelle vieler BGE 122 III 279, E. 2.

Es stellt sich die Frage, ob die Anfechtungsklage auch eine positiv gestaltende Wirkung im Sinne einer Abänderung des Beschlusses haben kann. Diese Auffassung vertrat vorliegend das Kantonsgericht Zug, indem es davon ausging, die aufgehobenen Beschlüsse würden durch das rechtmässige Ergebnis ersetzt, ohne dass es hierfür eines zusätzlichen Verfahrens bedürfe. Entsprechend seien die Beschlüsse in der Version von B. zustande gekommen.³⁸

Der Wortlaut von Art. 706 Abs. 5 OR lässt die Möglichkeit von Urteilen mit einer anderen Wirkung als der Aufhebung offen, ordnet die erga-omnes-Wirkung jedoch nur für aufhebende Urteile an. Ein positiv gestaltendes Urteil ohne erga-omnes-Wirkung würde jedoch wenig Sinn machen. Der Wortlaut spricht daher gegen die Möglichkeit einer Abänderung.³⁹ Die Materialien geben auch keine Hinweise, dass der historische Gesetzgeber der Anfechtungsklage eine über die Aufhebung hinausgehende Wirkung beimessen wollte.⁴⁰ Teleologisch lässt sich argumentieren, Zweck der Anfechtung sei die Herstellung des rechtmässigen Zustands, was die Möglichkeit eines abändernden Urteils beinhalte. Allerdings ist aufgrund der dagegen sprechenden grammatikalischen Auslegung und fehlender Anhaltspunkte in den Materialien unseres Erachtens eine positiv gestaltende Wirkung der Anfechtungsklage zu verneinen. Dieses Ergebnis entspricht der Rechtsprechung und herrschenden Lehre.⁴¹ Das Bundesgericht stellt denn auch im vorliegenden Fall klar, das Kantonsgericht habe sich mit der Gutheissung der Anfechtungsklage auf die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse beschränkt und das Wahlergebnis damit nicht positiv gestaltet.⁴²

Zusammenfassend handelt es sich bei der Anfechtungsklage um eine Gestaltungs- und nicht um eine Anfechtungsklage, mit deren Gutheissung der Generalversammlungsbeschluss rückwirkend dahinfällt (ex tunc).⁴³ Bis zu diesem Zeitpunkt ist er gültig, steht jedoch unter der Resolutivbedingung einer erfolgreichen Anfechtung.⁴⁴ Die Aufhebung gilt gegenüber allen Aktionären (erga omnes).⁴⁵

1.6 Rechtsschutzdefizit bei ablehnenden Beschlüssen

Die Anfechtungsklage führt bei einem gutheissenden Beschluss zum Ziel. Durch die Aufhebung wird das korrekte Ergebnis herbeigeführt.⁴⁶ Unbefriedigend aus Sicht des Klägers ist die aufhebende Wirkung bei ablehnenden Beschlüssen. Die Aufhebung führt in diesen Fällen nicht zum korrekten Beschlussergebnis, wodurch ein Rechtsschutzdefizit entsteht.

Der vorliegend besprochene Fall zeigt diese Problematik exemplarisch. Die Gerichte hoben die angefochtenen Beschlüsse auf, da C. unbefugt mit den Stimmrechten der 53 verarrestierten Aktien teilnahm.⁴⁷ Aufgehoben wurde erstens der Beschluss der Abwahl von B. Mit der rückwirkenden Aufhebung der Abwahl von B. blieb dieser Verwaltungsrat, wodurch das rechtmässige Ergebnis hergestellt wurde. Zweitens wurde der Beschluss der Wahl von C. als einzigem Verwaltungsrat aufgehoben, der die Ablehnung der Wahl von B. und E. beinhaltet. Hier führte die Aufhebung der alleinigen Wahl von C. als Verwaltungsrat nicht zum korrekten Ergebnis: der Wahl von B., C. und E. als Verwaltungsräte.

Als Ergänzung der kassatorisch wirkenden Anfechtung wird daher in der Lehre die Möglichkeit einer objektiven Klagehäufung von Anfechtungsklage und einer «positiven Beschlussfeststellungsklage» vertreten.⁴⁸

³⁸ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 4.5–4.7.

³⁹ Zum Ganzen *Knobloch* (Fn. 35), 140.

⁴⁰ Vgl. Botschaft zum Obligationenrecht 1928, BBl 1928 I 205 ff., 251; Botschaft über die Revision des Aktienrechts, BBl 1982 II 745 ff., 821 ff.; Protokoll der Expertenkommission, Bern 1926, 335 ff.; *Knobloch* (Fn. 35), 141.

⁴¹ OGer ZH vom 4. Dezember 1981, in: ZR 80/1981 Nr. 91, E. 2, m.w.H.; *von der Crone* (Fn. 14), § 8 N 203; *Peter V. Kunz*, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, 102; *Tanner* (Fn. 17), N 196 f. zu Art. 706 OR; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 61; *Schleiffner* (Fn. 14), 307; *Bürgi* (Fn. 28), N 75 zu Art. 707 OR; vgl. BGE 122 III 279, E. 2; offengelassen in BGE 75 II 149, E. 2b = Pra 38/1949 Nr. 122.

⁴² BGer 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.1.

⁴³ BGE 122 III 279, E. 2; *Mirjam Simone Rhein*, Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich 2001, 7; *Tanner* (Fn. 17), N 10, 199 zu Art. 706 OR.

⁴⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 14), § 25 N 57; *Tanner* (Fn. 17), N 198 zu Art. 706 OR; *Druey* (Fn. 16), 161.

⁴⁵ Art. 706 Abs. 5 OR; BGE 122 III 279, E. 2.

⁴⁶ Anders wäre es, wenn die Rechtswirkungen bei einem ablehnenden und einem fehlenden Beschluss unterschiedlich wären; vgl. *Zöllner* (Fn. 13), 625.

⁴⁷ KGer Zug A3 2010 126 vom 13. September 2012, E. 4.5; OGer Zug Z1 2012 36 vom 3. Dezember 2013, E. 7.5.

⁴⁸ *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 500a; *Kunz* (Fn. 41), 106; *Schleiffner* (Fn. 14), 312 f.; *Dominik Vock*, Prozessuale Fragen bei

2. Positive Beschlussfeststellungsklage

2.1 Definition und Abgrenzung

Die positive Beschlussfeststellungsklage ist auf die rückwirkende Begründung der Rechtswirksamkeit des rechtmässig gefassten Beschlusses gerichtet.⁴⁹ In Kombination mit der Anfechtungsklage soll damit der rechtswidrige Beschluss durch den rechtmässigen Beschluss ersetzt werden.⁵⁰

Entgegen ihrer Bezeichnung handelt es sich bei der positiven Beschlussfeststellungsklage um eine Gestaltungsklage, da sie auf die «Änderung des Beschlussinhalts und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage» gerichtet ist.⁵¹ Entsprechend entfaltet ein gutheissendes Urteil materielle Rechtskraft gegenüber allen Aktionären (*erga omnes*).⁵²

Alternativ wird der Begriff «positive Stimmrechtsklage» verwendet.⁵³ Diese Bezeichnung ist unseres Erachtens problematisch, da sie bereits für den Verfahrensmangel des Ausschlusses von berechtigten Aktionären verwendet wird.⁵⁴ Damit besteht die Gefahr, den Anwendungsbereich der positiven Beschlussfeststellungsklage ohne sachlichen Grund auf diese Mängel zu beschränken.⁵⁵

Eine weitere Abgrenzung ist zur «reinen Beschlussfeststellungsklage»⁵⁶ vorzunehmen. Dies ist eine Feststellungsklage, mit welcher die Feststellung der Rechtslage ohne deren Neugestaltung beantragt wird. Sie hat keine Gestaltungswirkung, und einem

gutheissenden Urteil kommt materielle Rechtskraftwirkung nur unter den Prozessparteien zu.⁵⁷ Die Abgrenzung zwischen der «positiven» und der «reinen» Beschlussfeststellungsklage ist schwierig, wenn das Rechtsbegehren als Feststellungsklage formuliert ist.⁵⁸ Unseres Erachtens sollte daher das Rechtsbegehren einer positiven Beschlussfeststellungsklage als Gestaltungsklage formuliert werden.

2.2 Zulässigkeit

Die Zulässigkeit einer Gestaltungsklage bestimmt sich nach dem materiellen Recht.⁵⁹ Entsprechend ist vorliegend die aktienrechtliche Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage zu prüfen. Da die Möglichkeit einer Abänderung des Generalversammlungsbeschlusses im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Gesetzeslücke.

Eine Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.⁶⁰ Kein Raum für eine richterliche Lückenfüllung besteht, wenn der Gesetzgeber stillschweigend eine Rechtsfrage im negativen Sinn mitentschieden hat (qualifiziertes Schweigen).⁶¹ Bei der «echten Lücke» hat es der Gesetzgeber unterlassen, etwas zu regeln, was er hätte regeln sollen, weshalb die Lücke *de lege lata* gefüllt werden kann. Demgegenüber ist bei der «unechten» oder rechtspolitischen Lücke eine Antwort zu entnehmen, welche jedoch unbefriedigend ist. In diesem Fall ist dem Gericht eine Lückenfüllung verwehrt.⁶²

In der vorliegenden Fragestellung ist daher zu prüfen, ob der Gesetzgeber mit der ausschliesslich kassatorischen Wirkung der Anfechtungsklage im Sinne eines qualifizierten Schweigens eine abschliessende Regelung getroffen hat oder ob eine Gesetzeslücke vorliegt. Die kassatorische Wirkung der Anfechtungsklage führt bei ablehnenden Beschlüssen nicht zum rechtmässigen Beschlussergebnis.⁶³ Um dieses zu erreichen, bedarf es nach der gesetz-

der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2000, 121; a.M. *Knobloch* (Fn. 35), 143.

⁴⁹ Vgl. demgegenüber BGE 122 III 279, E. 3b/bb, wonach die Beschlussfeststellungsklage der «Klarstellung» des rechtmässigen Beschlussinhalts diene; zur Frage der Rückwirkung vgl. *Rémy Messer*, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Bern 2013, N 584.

⁵⁰ Vgl. BGE 122 III 279, E. 3b/bb.

⁵¹ BGE 122 III 279, E. 3b/bb; *Messer* (Fn. 49), N 583; *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 500a, N 583; *Kunz* (Fn. 41), 106; *Vock* (Fn. 48), 121 f.; vgl. *Schwander/Dubs* (Fn. 14), 355.

⁵² BGE 122 III 279, E. 3b/bb; *Schwander/Dubs* (Fn. 14), 355; *Kunz* (Fn. 41), 102 f.; vgl. *Tanner* (Fn. 17), 23.

⁵³ So z.B. BGE 4A_48/2014 vom 2. Juni 2014, E. 3.1; OGer Zug Z1 2012 36 vom 3. Dezember 2013, E. 8.2; *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 500a; *Länzlinger* (Fn. 14), N 14 zu 691 OR.

⁵⁴ Siehe vorne III.1.1.

⁵⁵ Vgl. *Böckli* (Fn. 13), § 12 N 500a; *Länzlinger* (Fn. 14), N 14 zu 691 OR.

⁵⁶ *Tanner* (Fn. 17), N 24 zu Art. 706 OR; vgl. *Knobloch* (Fn. 35), 137, der sie als «einfache Beschlussfeststellungsklage» bezeichnet.

⁵⁷ BGE 122 III 279, E. 3b/bb; *Knobloch* (Fn. 35), 137 f.

⁵⁸ So z.B. in BGE 122 III 279 und im vorliegenden Fall.

⁵⁹ *Balthasar Bessenich/Lukas Bopp*, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013, N 5 zu Art. 87 ZPO, m.w.H.

⁶⁰ *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 2013, 191, m.w.H.

⁶¹ BGE 139 II 404, E. 4.2, m.w.H.; *Kramer* (Fn. 60), 212.

⁶² BGE 139 II 404, E. 4.2, m.w.H.; *Kramer* (Fn. 60), 194 f.

⁶³ Siehe vorne III.1.5.

lichen Regelung eines erneuten Beschlusses der Generalversammlung. Dies ist jedoch keineswegs gleichwertig mit der gerichtlichen Korrektur des Ergebnisses, da die Anforderungen an die Einberufung der Generalversammlung einzuhalten sind und die Wirkung eines erneuten Beschlusses entsprechend später eintritt.⁶⁴ Die Beschränkung auf eine kassatorische Wirkung stellt damit eine Rechtsschutzlücke des Gesetzes dar.

Den Materialien⁶⁵ zur Anfechtungsklage lässt sich unseres Erachtens mangels Thematisierung dieser Problematik keine gesetzgeberische Absicht entnehmen, die klageweise Herstellung des rechtmässigen Beschlussergebnisses stillschweigend auszuschliessen. Aus teleologischer Perspektive ist es nicht einsehbar, wieso bei einer Anfechtung eines positiven Beschlussergebnisses der rechtmässige Zustand mittels Kassation hergestellt werden kann und dem Kläger im Falle eines ablehnenden Beschlusses der Rechtsschutz versagt bleiben soll. Der Gesetzgeber hat es somit unterlassen, die Möglichkeit einer positiv gestaltenden Klage im Sinne einer Korrektur des Beschlusses vorzusehen, weshalb unseres Erachtens eine echte Gesetzeslücke vorliegt, welche durch das Gericht zu füllen ist.⁶⁶

Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage bisher offengelassen.⁶⁷ Auch im vorliegend besprochenen Entscheid musste das Bundesgericht darüber materiell nicht entscheiden. Die Klage von B. wurde vom Kantonsgericht Zug mangels Rechtsschutzinteresse abgewiesen, ohne dass dagegen Berufung erklärt wurde. Entsprechend steht die bundesgerichtliche Klärung der Zulässigkeit weiterhin aus.

2.3 Voraussetzungen

Die Lückenfüllung hat nach Art. 1 Abs. 2 ZGB durch das Gericht *modo legislatoris* zu erfolgen. Das wichtigste Mittel ist dabei der Analogieschluss zu gesetzlich bereits geregelten Tatbeständen, welche wertungsmässig dem nicht geregelten Sachverhalt entsprechen. Hierdurch soll sich die zu findende Norm

möglichst nahtlos in das Gesetz einfügen.⁶⁸ Die positive Beschlussfeststellungsklage stellt lediglich eine Ergänzung der Anfechtungsklage dar, indem sie die Herstellung des rechtmässigen Zustands auch bei ablehnenden Beschlüssen ermöglicht. Die beiden Klagen weisen daher eine Wertungsparallelität auf.⁶⁹ Entsprechend richten sich die Voraussetzungen der positiven Beschlussfeststellungsklage grundsätzlich nach den Bestimmungen der Anfechtungsklage.

2.3.1 Anfechtung des Beschlusses

Die positive Beschlussfeststellungsklage dient der Ergänzung der kassatorischen Anfechtungsklage. Erforderlich zur Abänderung des Beschlusses ist daher zunächst die rechtzeitig geltend gemachte Anfechtung des Beschlusses.⁷⁰ In der Regel werden beide Klagen im Rahmen einer objektiven Klagehäufung gleichzeitig anhängig gemacht werden.⁷¹

2.3.2 Frist und Rechtsschutzinteresse

Analog zur Anfechtungsklage nach Art. 706a OR ist die positive Beschlussfeststellungsklage innert zwei Monaten anzuheben und es ist ein Rechtsschutzinteresse des Klägers erforderlich.⁷²

2.3.3 Mangel in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses

Eine Einschränkung zur analogen Anwendung der Voraussetzungen der Anfechtungsklage ist hinsichtlich des Anfechtungsgrunds zu machen. Es darf nicht sein, dass der Richter an die Stelle der Generalversammlung tritt.⁷³ Dies wird bei der Anfechtungsklage durch die Beschränkung auf die kassatorische Wirkung gewährleistet.⁷⁴ Um dies bei der positiven Beschlussfeststellungsklage zu vermeiden, ist deren Anwendungsbereich auf Fehler in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zu beschränken.⁷⁵

⁶⁴ Vgl. die Argumentation von Zöllner (Fn. 13), 625.

⁶⁵ Siehe Fn. 40.

⁶⁶ Vgl. Fn. 40; a.M. Knobloch (Fn. 35), 141 f., der die Möglichkeit der gerichtlichen Korrektur eines Beschlusses für Bundesgericht, Expertenkommission und den historischen Gesetzgeber als «undenkbar» bezeichnet.

⁶⁷ BGE 122 III 279, E. 3b/bb.

⁶⁸ BGE 118 II 139, E. 1a; 113 III 116, E. 3; Kramer (Fn. 60), 203, 206.

⁶⁹ Vgl. Schleiffer (Fn. 14), 313, der dies mit einem «funktionalen Zusammenhang» begründet.

⁷⁰ Vgl. für das deutsche Recht Zöllner (Fn. 13), 627; Göz (Fn. 28), N 46 zu Art. 246 BGB.

⁷¹ Vgl. Schleiffer (Fn. 14), 313.

⁷² Siehe vorne III.1.4.

⁷³ Vgl. vorne Fn. 41.

⁷⁴ Schleiffer (Fn. 14), 307.

⁷⁵ Siehe vorne III.1.1; vgl. Schwander/Dubs (Fn. 14), 350, 354.

2.3.4 Zweifelsfreie Feststellung des hypothetischen Ergebnisses

Das formell korrekte Ergebnis muss zweifelsfrei ermittelt werden können.⁷⁶ Dies impliziert die Kausalität des formellen Mangels.⁷⁷ Diese Voraussetzung ergibt sich daraus, dass der Richter nur die Rechtswirksamkeit des rechtmässig gefassten Beschlusses begründen darf und nicht an die Stelle der Generalversammlung tritt.

2.3.5 Rechtmässigkeit des zu gestaltenden Beschlusses?

Mit der positiven Beschlussfeststellungsklage wird die Begründung der Rechtswirksamkeit des Beschlusses verlangt, der ohne den angefochtenen Mangel zustande gekommen wäre. Der Mangel in der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses wird damit korrigiert. Der zu gestaltende Beschluss kann jedoch seinerseits mit einem formellen oder inhaltlichen Rechtsmangel behaftet sein. Es stellt sich daher die Frage, ob das Gericht die Rechtmässigkeit dieses Beschlusses von Amtes wegen prüfen muss.

Dies ist bei Mängeln, welche die Nichtigkeit zur Folge haben, zu bejahen. Sofern die massgeblichen Tatsachen in den Prozess eingeführt wurden, hat das Gericht die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten⁷⁸ und die positive Beschlussfeststellungsklage abzuweisen.⁷⁹

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bei Vorliegen von Anfechtungsgründen. Das Gericht korrigiert mit der positiven Beschlussfeststellungsklage lediglich den angefochtenen Mangel in der Ergebnisermittlung. Aufgrund der Dispositionsmaxime nach Art. 58 ZPO ist für eine darüber hinausgehende gerichtliche Prüfung der Rechtmässigkeit des zu ge-

staltenden Beschlusses eine entsprechende Anfechtungsklage erforderlich.⁸⁰ Allerdings fehlt es unseres Erachtens an einem Rechtsschutzinteresse für eine Gestaltung eines widerrechtlichen Beschlusses, sofern die für die Anfechtung massgeblichen Tatsachen in den Prozess eingeführt wurden. Das Gericht wird daher in dieser Konstellation nicht auf die positive Beschlussfeststellungsklage eintreten.⁸¹

3. Ergebnis

Der vorliegende Entscheid zeigt das Rechtsschutzdefizit der Anfechtungsklage und dessen praktische Relevanz exemplarisch auf. Die kassatorische Anfechtung korrigierte für B. nur die gutgeheissenen Beschlüsse seiner Abberufung als Verwaltungsrat und der Wahl von C. Demgegenüber wurde das rechtmässige Ergebnis, die Wahl von B., C. und E. als Verwaltungsräte, nicht in Rechtskraft erhoben.

Der unterschiedliche Rechtsschutz bei gutheissenden und ablehnenden Beschlüssen überzeugt nicht. Unseres Erachtens liegt daher mit der Beschränkung des Gesetzgebers auf die Regelung der kassatorischen Anfechtungsklage eine echte Lücke vor, die mittels Analogieschlusses zur Anfechtungsklage gefüllt werden sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher die Zulässigkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage zu bejahen. Eine bundesgerichtliche Klärung dieser Frage steht jedoch weiterhin aus.

⁷⁶ Von der Crone (Fn. 14), § 5 N 136; dies ist bspw. nicht der Fall, wenn ein zu Unrecht ausgeschlossener Aktionär seine Stimme gar nicht abgeben konnte, vgl. Schwander/Dubs (Fn. 14), 352.

⁷⁷ Anders als bei der Anfechtungsklage muss damit die Kausalität vom Kläger bewiesen werden.

⁷⁸ BGE 137 III 503, E. 4.1, m.w.H.; BGer 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012, E. 4; Druey (Fn. 16), 143.

⁷⁹ Vgl. zum deutschen Recht Zöllner (Fn. 13), 630.

⁸⁰ Dies kann bspw. durch eine Nebenintervention nach Art. 74 ff. ZPO erfolgen; vgl. Kunz (Fn. 41), 103, der eine Informationspflicht des Gerichts befürwortet.

⁸¹ Vgl. für das deutsche Recht Zöllner (Fn. 13), 630; Philipp E. Heer, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht, ZIP 17/2012, 803 ff., 807 f.